

# 「新しい憲法秩序」なるものの一考察

金 澤 孝

- 一 序
- 二 トウシュネットの「新しい憲法秩序」
- 三 司法審査廃止論と「新しい憲法秩序」
  - 1 『憲法を裁判所から剥奪する』における司法審査廃止論
  - 2 『憲法を裁判所から剥奪する』と『新しい憲法秩序』の関係
- 四 9.11以降の「新しい憲法秩序」
  - 1 バルキン＝レヴィンソンの「連邦監視国家」体制
  - 2 トウシュネットにおける戦争と憲法
    - (1) 緊急事態と憲法
    - (2) コレマツ判決の擁護
- 五 民主的実験主義という企て
  - 1 民主的実験主義 ——直接的熟議ポリアーキー——
  - 2 問題解決型裁判所
- 六 結語

## 一 序

1999年に出版されたマーク・トウシュネット (Mark V. Tushnet) の著書『憲法を裁判所から剥奪する』(TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS)<sup>(1)</sup> (以下、引用する際にはTCCと頁数で表記し、書名は『剥奪』と略記)は、その刺激的なタイトルに違わず、大きな反響を呼んだ。裁判所に自由の擁護者としての役割はもはや期待できない。いつまでもウォー

レン・コートの再現を夢見続けることは、かえって有害ですらあり、いっそのこと裁判所から司法審査権限を剥奪し、憲法を人民自身の手に取り戻したほうがよい。ポピュリスト憲法 (populist constitutional law) というトゥシュネットの主張は、保守反動的な判決を次々に出し続けていた当時のレン・クィスト・コートに対して想定される反応のひとつではあった。だが、リベラル派の憲法研究者が直截に主張したことの衝撃はけっして小さいものではなかった。<sup>(2)</sup>

トゥシュネットは、その後『新しい憲法秩序』(THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER)<sup>(3)</sup>(以下、引用する際にはNCRと頁数で表記し、書名は『秩序』と略記)を公刊する。憲法体制の全体像を描写しようとする意欲的な試みであり、これもまた論争誘発的なものであった。トゥシュネットによれば、1930年代から1990年代を支配してきた憲法体制は既に終焉を告げている。「ニューディール-偉大な社会の憲法秩序」(“the New Deal - Great Society constitutional order”)という旧体制から、「制限された」憲法秩序(“chastened” constitutional order)へと移行したのである。本稿は、『剥奪』での司法審査廃止論と「新しい憲法秩序」の関係に留意しつつ、「新しい憲法秩序」を明確化することを目的としている。

さて、より視野を広げてみると、合衆国は、とりわけこの十数年間、対外的な側面で、新たなる国際秩序の形成に取り組んできたことがわかる。1990年9月11日、時の大統領ジョージ H. W. ブッシュは、連邦議会において、「Toward a New World Order (新世界秩序にむけて)」という題名の演説を行った。前年の8月のイラクによるクウェート侵攻を受けて、同年1月に合衆国主導で開始された湾岸戦争の真っ最中のことであり、また前年11月にはベルリンの壁が崩壊し、冷戦がほぼ終結に向かう変動期でもあった。かかる世界情勢のなかで、大ブッシュは、冷戦後の世界の新たなる秩序を構想し、合衆国がその中心になることを宣言したのであった。2000年に大統領に就任した、その息子、ジョージ W. ブッシュは、翌2001年9月11日にアメリ

カ同時多発テロ事件を経験する。ここに至って小ブッシュは、冷戦後というよりもむしろ、脱冷戦後の新国際秩序を構想し、その実現に取り掛かることになる。「冷戦後」と「脱冷戦後」の違いは、前者では湾岸戦争において多国籍軍の形態がとられたように、世界情勢の安定化を目標として、国際協調の立場からマルチラテラリズムの姿勢が多少なりともうかがわれたのに対し、後者では、2003年3月に開始されたイラク戦争から明らかなごとく、唯一の超大国となってしまった合衆国が、ユニラテラリズムの立場から単独で秩序構築に取り組もうとしている点にあるといえる。

とするならば、『剝奪』と『秩序』には時間的な制約があることがわかる。トゥシュネットの描く「新しい憲法秩序」は、2001年9月11日以前のものであり、同時多発テロ以後については射程外である。著書刊行時点では予測にとどまっている（NCO 108-11）。同時多発テロは、合衆国の憲法体制にも多大な影響を与えたはずである。テロ後に、トゥシュネットとは別な形の憲法秩序像を提示した、バルキンとレヴィンソン（Jack Balkin & Sanford Levinson）の議論がある。そこで、彼らの議論とトゥシュネットのモデルを比較・検討することで、新しい憲法秩序像の一層の明確化を図ることができるのではないかと考える。なおその際に、トゥシュネットが戦争と憲法との関係をどのように理解しているかについても、最近の論稿を素材に確認しておきたい。

しかしながら、トゥシュネットは「新しい憲法秩序」を記述するにとどまり、あるべき民主政の制度設計については具体的に論じていない。この点、ドルフとセイベル（Michael C. Dorf & Charles F. Sabel）によって提唱された「民主的実験主義」（democratic experimentalism）は、トゥシュネットの議論と接合する、民主政の一つのモデルだと考えることができる。民主的実験主義において、裁判所は「問題解決型裁判所」（problem-solving courts）という役割を担うことになるとされる。トゥシュネットによれば司法審査廃止論の背景には法の不確定性という問題がある（NCO ix）ののだが、

「問題解決型裁判所」は、この難題にも対処するものである。したがって、民主的実験主義は、トゥシュネットの議論の延長線上にあって、尚且つそれを補うものだと理解できよう。現段階ではまだ発展途上の議論であるため、概略を示すにとどめたい。それでも、民主的実験主義を紹介することは、あるべき民主主義の具体像を考えるにあたって示唆的であると思われる。

アメリカ憲法研究者の間では、大恐慌を契機として、1930年代後半のニューディール期に、それまでとは異なる新たな憲法秩序が形成され、その後長らく支配的であったという点に関して、ほぼ異論はない。その「ニューディール・偉大な社会」秩序が、既に終焉しているというのがトゥシュネットの「新しい憲法秩序」論の眼目である。かかる主張の真偽のほどを検証することには十分な意義がある。またトゥシュネットは、9.11以前に新秩序へと移行していたと考えるが、9.11同時多発テロは大恐慌に匹敵する未曾有の出来事であった。9.11が憲法秩序に与えた影響も重ね合わせて考察することで、憲法秩序のより精確な理解を得ることができるものと思われる。

## 二 トウシュネットの「新しい憲法秩序」

トゥシュネットは、憲法秩序を次のように定義する。

憲法秩序とは、ある一定の期間において、国家の基本的な決定がなされる諸制度の合理的安定的な組み合わせと、決定の指針となる諸原理のことである。かかる制度・原理が、ある特定の統治構造をつくり、その枠内で日常政治が執り行われる。それゆえに、こうした制度・原理は単に政治の秩序ではなく、憲法の秩序なのである（NCR 1）。

憲法研究者も時代の制約を免れず、<sup>(5)</sup>長らく、特定の時代の憲法規範を画定するのに合衆国最高裁長官の嘱任期を目安にして、しかも最高裁の活動ばかりに目を向けてきた。トゥシュネットは、合衆国最高裁の判例実務を、その時代の政治のダイナミズムの中で捉えるべきだと考える。彼にとって憲法秩序とは、裁判所の判例法理や合衆国憲法典と同様に、政党や連邦議会、大統領

領を含み、尚且つ、それらの諸機関の行為規範も取り込んだものである。合衆国最高裁が判例において示す原理といえども、「統治全体を支配する制度配置のもとでしか理解できない」（NCO 1）からである。

注意すべきは、トゥシュネットが「新しい憲法秩序」を理念として示しているのではないという点である。ここで採られる手法は「記述社会学」（descriptive sociology）のものであり、あくまで事実の記述にとどまるとされる（NCO ix）。加えて、彼の「新しい憲法秩序」は2001年9月11日以前の記述である。その時点で彼が認識していた憲法秩序が描かれるのである。

トゥシュネットは、前大統領のビル・クリントンが1996年に行った「大きな政府の時代は終わった」という宣言に注目するところからはじめる。大統領の出身母体政党である民主党は、ニューディール並びに偉大なる社会計画を主導・推進してきた党であったため、かかる宣言は、新しい時代の到来を告げるものであったに違いないという（NCO 1）。だが重要なのは、クリントンの宣言が、「国のやるべきことは残っていない」（NCO 2）という趣旨だったのではなく、国の役割が「新しい憲法秩序のもとでは小規模なものになるだろう」（NCO 32）という趣旨であったと理解できることである。要するに、新秩序のもとでは、ローズベルト大統領やジョンソン大統領が推進し、「ニューディール - 偉大な社会の憲法秩序」の御旗のもとに支持された、意欲的な社会工学的原理が抑制され縮小される可能性があるということである（NCO 34）。

ところで、明文の憲法改正を経ない憲法秩序の移行を主張するということであれば、トゥシュネットには先駆者がいる。たとえば、アカマン（Bruce Ackerman）やバルキンとレヴィンソンである。アカマンは、合衆国憲法の歴史が、政治の高揚により憲法規範を創出する「憲法の時」（“constitutional moments”）、いわゆる憲法政治と、それに引き続いて停滞する「通常政治」（“normal politics”）によって区別されると考える。<sup>(6)</sup>アカマンの診断では、憲法の時は、建国期、再建期、ニューディール期の三回あった。だ

がトウシュネットは、憲法体制の変化は突如として起こるものではなく、時間をかけて徐々に生じるものだとして理解するため、アカマンとは異なる。

他方、バルキン＝レヴィンソンは、憲法体制の変化というものは、確固としたイデオロギーを信奉する一つの政党が、一定の期間、統治部門で優勢になるときに生じるものだと考える<sup>(7)</sup>。2000年のブッシュ対ゴア判決<sup>(8)</sup>はその意味でレンキスト・コートによる「憲法革命」である。なぜならば、同判決は、アメリカ政治に特有の党派的エントレンチメント(partisan entrenchment)の典型例だからである。レンキスト・コートの保守派五名のうち四名(レンキスト、オコナ、スカリア、ケネディ)はレーガン大統領に任命された。レンキスト・コートが法理変更を行った連邦主義の領域は、レーガン大統領の掲げていた政策課題を、合衆国最高裁が代わって実践しているにすぎない。それゆえに、同判決は、共和党による最高裁の乗っ取りが完了したことの象徴であり到達点なのである。

トウシュネットの理解は、アカマンよりもバルキン＝レヴィンソンにより近い。だがバルキン＝レヴィンソンとは次の点で異なる。第一に、彼らは合衆国最高裁の判例法理を重視するが、トウシュネットは、議会の立法のほうにより着目する。これは憲法体制の特徴は制定法にこそ表れると考えているからである(NCO 4)。第二に、バルキン＝レヴィンソンは、党派的エントレンチメントを憲法規範変更の主たる要因としているが、これでは統治部門が党派的に分割されていること(いわゆる分割政府)と、分割されているがゆえに、各々の部門が独自の原理を創出していくプロセスが存在することを見落としてしまう(NCO 3)。

トウシュネットはバルキン＝レヴィンソンと同様に、現在の憲法秩序の起源を、1980年のレーガン政権誕生時に辿ることができると認識している(NCO 2)。バルキン＝レヴィンソンは、合衆国最高裁裁判官の実質的任命権限が専ら共和党によって牛耳られていた点にのみ焦点を当て、その党派性を問題にする。それに対し、トウシュネットはむしろ、1994年選挙において

共和党が連邦議会の多数を占めたことにより、分割政府が生じたことを重視するのである。それゆえに、パルキン＝レヴィンソンはブッシュ対ゴア判決を共和党による憲法革命の到達点と理解するが、トゥシュネットの見方からするならば、既にそれ以前に憲法秩序は変容していたことになる（NCO 3）。

トゥシュネットの「制限された憲法秩序」は、こうして二つの要素から特徴付けられるものである。一つは政党間におけるイデオロギーの両極分化の進行という事実（NCO 8）である。もう一つは分割政府という事実（NCO 13, 15-16, 22-23, 26, 32, and 100-01）である。これらの制度的要因により、現状においてはもはや劇的な憲法変更の起こる可能性は極めて小さくなっている。というのも、二大政党は、国家観そのものが根本的に異なっているため、政策の立案と執行の場面で自らの立場を反映させることは困難であり、分割政府は結果として穏健な路線しか選択できないからである。

トゥシュネットによれば、この状態は選挙制度によって生み出されたものであると同時に、一般国民の間におけるイデオロギーの分極化を反映したものである。「以前に比べると、共和党支持者はより画一的に保守的であり、民主党支持者は画一的にリベラルである」（NCO 14）。各党は暗黙の了解のうちに党派的な選挙区割りを行い、似たようなイデオロギー傾向をもった選挙区民が固まるようになる。こうして「連邦議会における党派内の同質性は、過去数十年で一層高くなっている」（NCO 15）。そしてかかる党派性の強化は、合衆国最高裁が、議員定数配分関連判決において、諸州の立法府に裁量の余地を認める判断をくだしていることにより、さらに加速されたとも見なしうる（NCO 14）。

イデオロギーの両極分化と、自党の利益のために、その分極化が利用されるという事実によって、分割政府という状態が固定化される。かかる二党体制のもとで、党派を超えて主要な法案を成立させるということは相当に困難である。加えて、マスメディアは政治の中身ではなく、スキャンダルばかり

追い求めることで、結果としてイデオロギーの両極化を助長している(NCO 21)。こうして統治機構には大きな断絶が生じたのである。

それでは、「制限された憲法秩序」とはいかなる実体を有するものであり、どのように旧秩序と異なるのか。実証主義的な手法と判例法理分析を統合させるアプローチを用いて、<sup>(9)</sup> トゥッシュネットは次のことを明らかにしている。前の憲法体制は1944年のロウズベルト大統領の一般教書演説によって示されるものであり、それは「ニューディール - 偉大な社会の憲法秩序」である(NCO 1-2)。この秩序は「第二権利章典」(“Second Bill of Rights”)として具体化され、社会権的なものを重視する体制であり、その指導原理は平等主義的リベラリズムである<sup>(10)</sup> (NCO 8)。のちにジョンソン大統領は、1964年市民的権利に関する法律、1965年投票権法、メディケアの創設で、ニューディール秩序を拡充したのであり、当該秩序は共和党出身の大統領にも基本的には支持されてきた。そして、ニューディール - 偉大な社会秩序では、多元的な利益集団の間でバーゲニングが行われ、多くの集団が政府の行政官僚との間に直接的で密接な関係を維持してきた。

新秩序が新しいものであるのは、こうした目標(aspirations)が制限されるようになったからである(NCO 2)。第二権利章典に列挙された権利の保障のために、政府が積極的な施策を講ずるのではなく、代わりに、「国民一人一人が自らの正義を実現する」(NCO 2)ことが要請されることになった。もっとも、新しい憲法秩序は、生活水準について、依然としてニューディール - 偉大な社会の最低線を維持するものではある。「新秩序の基本原理は、本来的に政府の解決する類の問題ではないというものではなく、これ以上政府が解決できることはない」(NCO 32) というものなのである。つまり、

新しい憲法秩序において目標が制限されるのは、自由や幸福という前提条件に関して、これまでとは別の見方に立っているからである。…ほどほどの目標を掲げた小規模



の施策が、新しい憲法秩序の特徴なのである。健康福祉や年金保証が不足しているとしてもそれは、政府主導の配分によるのではなく、市場原理で調整されることで賄われるべきである。同様の理で、貧困についても、政府による給付金の付与ではなく、教育や職業訓練を提供することで労働市場に積極的に参加できるようにする、という手当てがなされるべきである（NCO 32）。

このような目標の制限された憲法秩序は、1980年の大統領選挙に起源をもち、1994年の中間選挙で補強され、クリントン政権の後半にしっかりと定着した（NCO 32）。特に、1994年中間選挙こそは、共和党が勝利したことで、民主党出身のクリントン大統領が、共和党寄りの路線へと大きく舵を切るきっかけとなった点で、大きな意義を有する（NCO 10-11, 13, 26, 105, and 167-68）。

新秩序において司法部はどのように変容したのか。何よりも合衆国最高裁判官の任命にあたり、極端なイデオロギーの持ち主は選ばれにくくなる。思想的には、適度な保守派か、適度なリベラルであって、むしろ「政治システムの中での連邦司法部の役割を抑制的なものと理解する、経験豊かで有能な、あまり異論のでない法律家が最善ということになる」<sup>(11)</sup>（NCO 4）。

トッシュネットは、こうした裁判官の存在により、レンキスト・コートが実際には司法ミニマリズムを実践してきたと理解している。これは制限された憲法秩序に極めて適合的であった<sup>(12)</sup>（NCO 130-38）。レンキスト・コートは総じて、射程の狭い、原理的に掘り下げない判決を下すことで、決して閾値を超えることはない。ブッシュ対ゴア判決が、平等の問題として解決し、大統領職それ自体を正面から問うことを避けたのは、その典型例である（NCO 138-41）。

のみならず、合衆国最高裁は政府権限の根本的な見直しをしていないし（NCO 56, 65-67, and 76）、同コートの最大の特徴とされる積極的な連邦主義についても、象徴的ではあっても実質的なものではない。ほぼ六十年ぶりに連邦法（学校区域統規正法）を違憲無効としたロベツ判決にしても、裁判所が議会に対してある種のメッセージを送ったものにすぎない。同法は両院<sup>(13)</sup>

の議員が児童の銃所持に厳しい姿勢を見せるためだけの自己満足法(“feel good legislation”)であった。だからこそ違憲と判断できたのである(NCO 38-42)。結局、連邦政府の権限の範囲に関して、レンキスト・コートは、それ以前の最高裁よりも縮減させたとははいえない(NCO 56)。

したがって、合衆国最高裁のアジェンダはニューディール期のままだといっている(NCO 34)。最優先の関心事項は連邦主義と財産権である。しかしそれらの争点の処理の仕方が異なるのである。最高裁は連邦政府の大掛かりな再編成など目指しておらず、新しい憲法秩序に適した憲法法理を展開しているにすぎない。上述のように、合衆国最高裁の行っていることは狭く理解することが可能なのである。むしろ、ニューディール-偉大な社会秩序で発展した市民の権利・自由について、一層のエントレンチメントが図られる傾向すら見られる。新しい憲法秩序においては、個人の諸権利は、全体として拡張されることは少ないが、縮減されることも少ない(NCO 67)。

改めて整理するならば、新しい憲法秩序とは、連邦政府による正義の実現という目標が大幅に縮小された秩序である。分割政府の固定化、両極分化した政党、市民の政治参加の停滞、こうした事実が、新秩序の構造とインセンティブを特徴づけている。それゆえに新秩序においては、連邦政府が目標実現のために主導的な役割を果たすことは困難となっている。裁判所もまた、どちらかといえば穏健なイデオロギーの持ち主が任命されており、彼らは慎重にミニマリズムを実践することで、縮小された国家目標に合致するような判断をくだしているのである。

### 三 司法審査廃止論と「新しい憲法秩序」

トゥシュネット自身の言によれば、『秩序』は、処女作『赤、白、青：アメリカ法の批判的分析』<sup>(14)</sup>で彼が取り組んだ課題と関連している。批判法学運動(Critical Legal Studies Movement)<sup>(15)</sup>の一翼を担っていたトゥシュネットにとって、法の客観性・合理性という問題と、歴史や現代社会、法という

営みに関する解釈の問題の二つが課題であった（NCO ix）。同書では、前者について、リベラル政治哲学では満足のいく解釈理論を提供できないこと、<sup>(16)</sup> 後者に関しては、「記述社会学」の手法を用いることで、判例法理がトゥッシュネットの「リベラルな社会」と記述される社会に親和的であることが示された。

『剥奪』は、さらに前者に関して、立憲主義そのものを俎上に載せて検討を加えたものとされる。法の客観性・合理性の観点からするならば、裁判所に司法審査権限を付与することには必ずしも十分な理由がないことになる。他方、『秩序』は、批判法学運動の二つ目の課題にとり組むものであり、憲法原理を制度的な背景との関係で記述するものである。それゆえに、多少の修正はあるものの三つの著作は連続しているとトゥッシュネットは主張する（NCO ix）。

本章では改めて『剥奪』の議論を確認したうえで、同書で展開された司法審査廃止論と、新しい憲法秩序の関係を考えてみたい。

### 1 『憲法を裁判所から剥奪する』における司法審査廃止論

『剥奪』での司法審査廃止論は、裁判所の外側にこそ本来の意味での合衆国憲法が存在するということであり、トゥッシュネットはこれを「ポピュリスト憲法」（populist constitutional law）と呼んでいる。裁判所から司法審査権を剥奪することは、「憲法規範に関する責任を広く配分する」（TCC x）ことに他ならない。ポピュリスト憲法は、憲法の規範を、人々の通常の政治のフォーラムから獲得するのであって、政治的リーダーは、人々の議論を補助するという重要な役割を担う（TCC xi）。

ところが現実には、裁判所の判断が、訴訟の当事者のみならず、それを超えて他の統治部門を拘束する、いわゆる「司法の優越」（judicial supremacy）が確立している。そして、これはポピュリスト憲法と両立しない（TCC 9）。トゥッシュネットは、司法の優越とポピュリスト憲法が二者択一

の関係にあると理解し、後者を選択すべきだと考える。『剝奪』は『秩序』と異なり、極めて規範的な議論なのである。

それでは、司法審査廃止論はいかに正当化されるのか。ポイントは、「厚い憲法」(the thick Constitution)と「薄い憲法」(the thin Constitution)の区別である(TCC 9-13)。前者は、連邦議会や大統領の権限といった統治構造に関する規定と、権利章典の具体的な規定の全てを含む、詳細なものである。後者は、独立宣言及び合衆国憲法典前文に示された基本原理を指す。この基本原理とは、「平等、表現の自由および自由の根源的保障」、つまりは、全ての人は平等に創造され、全ての人は不可譲の権利を享受するという独立宣言の諸原理のことであり、合衆国憲法の前文は独立宣言を反映している。

ポピュリスト憲法は、薄い合衆国憲法を重視するものである。薄い合衆国憲法への国民のコミットメントが、国民を合衆国人民として構成するのであり、これは道徳的に価値のある企てだからである。<sup>(17)</sup>薄い合衆国憲法は、合衆国人民とは何であるかということと、薄い憲法が善き社会の構成要素であることの理由の両方を同時に意味する。つまり、薄い合衆国憲法は、アメリカの希望を魅力的に物語ることを可能にし、そのように物語ることは、人間にとっては善きことなのである。独立宣言と前文はこうして、人民の最重要の利益を同定するための実体的な規準を提供していることにもなる。

厚い憲法の諸条項については、その手続的な性質から、解釈の分かれることは少ない。しかし、独立宣言の諸原理は解釈の余地があるものであり、自明のものではない。トゥシュネットによれば、薄い合衆国憲法の意味内容は、合衆国人民自身の手によって、政治のリーダーの主導のもと、討議を通じて、確定していくのが最善である(TCC 14)。人民が憲法解釈をしていくことで、薄い憲法の内容は決まるのである。このようにポピュリスト憲法は、合衆国人民全てが政治の場において憲法規範を創造する営みに参加すべきだと考えるものであり(TCC 157)、憲法の責任を人々に適切に配分す

るものでもある（TCC 174）。

したがって、「ポピュリスト憲法は民主主義へのコミットメントにもとづいており、かかるコミットメントそれ自体が独立宣言の諸原理に具体化されている」（TCC 31）のである。合理的な人々の間でも、独立宣言の諸原理の要求内容について見解が分かれることは大いにありうる。だが民主主義はそのような見解の不一致を、社会的秩序を破壊せずに解決していく一つの方途である。司法審査制は民主主義にあっては本来的にマージナルな制度であり、人民の自己統治能力を増大することもない。

そうなると、裁判所の外側で活動する人民は、彼らが薄い合衆国憲法の理にかなった解釈を追及している限りで、厚い憲法と裁判所の意見を無視することができることになる（TCC 33）。むしろ、無視することで、問題となっている憲法の条項を実質的に変更することになる。この過程のなかで、憲法変容が許される場合についての理解もまた変更されていくことになる。

だが、実際には、裁判所の司法審査が存在するために様々な問題が生じている。そもそも「裁判所と議会は、薄い憲法について真剣に考える能力という点で、どれほど違いがあるのか」（TCC 54）。議会にも、今は裁判所が担っているような薄い合衆国憲法上の諸権利の保護を、自らも行うインセンティブがある。にもかかわらず、現に、「司法の突出」（the judicial overhang）が存在することで、議会の憲法解釈と執行は歪められているのである。

確かに「裁判所が退場した場合、議会がどう行動するかについて、真には知り得ない」（TCC 55）。しかし、議会が現在は最高裁の憲法判断を考慮せざるをえないがゆえに、立法の過程も内容もいびつなものになっており、立法府は間違った方向へ誘導されがちである。ポピュリスト憲法は、憲法に対する責任が人民自身にあると考えるものであるから、裁判所の司法審査を廃止するならば、立法者が薄い憲法へのコミットメントを再確認し、まっとうな議論を実現できる可能性がある（TCC 66）。

このことは、憲法がインセンティブ・コンパティブル、自力執行的（self-executing）な規範であるかどうかにも関わっている。この点、連邦主義と権力分立という構造的特徴と、政治家特有の性向から、厚い憲法の統治構造に関わる規定については、自力執行的であることが明らかである。したがって司法審査を廃止しても、そこで保護された憲法価値が減じられることはない（TCC 123）。また同じ理由で、司法審査制がなくとも、政治部門が薄い憲法に反するような行動をとることもまずない。厚い憲法の実体的条項と、薄い憲法についても、司法審査が存在しないとするならば、政治部門の執行に委ねられ、究極的には人民自身が執行することになるのであるから、自力執行的だといえなくはない。しかしながら、司法の突出という現実が、かかる自力執行性を損なっているのである。司法審査を廃止することで、実際に、全ての憲法上の決定が政治活動を行う人民に委ねられることになる（TCC 155）。

裁判所が司法審査を通じて憲法価値の教育機能を担っている面は確かにある。だが司法審査を廃止した場合でも、裁判所の外での憲法の「薄さ」ゆえに、立法者と人民の間での議論が可能である（TCC 167-8）。薄い合衆国憲法は、国家を維持するに十分な薄さであり、個別具体的な問題に答えを与えないものではないが、議論の条件設定は十分に行えるのである（TCC 185）。

『剥奪』の司法審査廃止論は、アメリカ人の根本的なコミットメントである「薄い憲法」を、合衆国人民と、人民に責任を負うべき政治部門に取り戻し、合衆国の憲法の本来の姿へと立ち返ることを主張するものだということがわかる。

## 2 『憲法を裁判所から剥奪する』と『新しい憲法秩序』の関係

『剥奪』での司法審査廃止論の実践的な意図は、リベラル派の戦略として、裁判所よりも民主的な政治過程に任せたいというものである（TCC 172）。裁判も裁判官のイデオロギーで判断が下されている以上、結局

のところ政治と何ら質的に変わりはない。しかも裁判所と政治部門の憲法の解釈・執行面での能力を比較するならば、必ずしも裁判所が優位にあるわけではない。薄い憲法へのコミットメントが合衆国人民を構成するのであり、コミットメントは民主主義の实践として表現される。かかる民主主義において、司法審査はやはり「マージナルな制度」である。憲法は自力執行的であるがゆえに、廃止したところで不都合はなく、むしろ、本来あるべき状態への復帰だといえよう。このように司法審査廃止論は、あるべき秩序を追求するための規範的な提言である。

既述のとおり、トゥシュネット自身は、『剥奪』が、法の客観性・合理性という批判法学の一つのテーマに関して執筆されたものだとしている。なるほど、司法審査廃止論は、つまるところ、憲法という法規範はかくあるべきだという議論である。たが、トゥシュネットは法の客観性・合理性を直接論じてはいない。憲法は合衆国人民と政治部門によって解釈・執行されるべきだと主張するにとどまり、そのような解釈・執行が客観的・合理的なものなのか、別言すれば、どのような解釈・執行が適切なのかについては、論じない。法が政治であるとしても、その政治がいかにあるべきかについては議論しないのである。

他方、『秩序』は、現憲法秩序の社会学的な記述である。そして描き出されたのは、政治過程そのものが無益な営みになっているという事実である。政治システムにおいては、政党間の激しいイデオロギー対立と、その帰結としての分割政府が恒常化している。加えて、人民の政治意識も低いことが指摘される。新しい憲法秩序では、国家の目標が縮小されているが、これは政治部門が意図的に縮小したのではなく、かかる政治プロセスの実態から小さくならざるをえなくなったという面が大きい。この状況下において、裁判所は司法ミニマリズムを実践することで、新しい憲法秩序に適合的な司法審査を行っている。いずれにせよ、政治に希望は持ちにくい状況である。

そうなると、『秩序』での事実認識は、先ほどの司法審査廃止論における

前提認識と整合しないように思われる。新しい憲法秩序のもとで合衆国最高裁は少なくとも「突出」していないとされており、『剝奪』での議論の出発点とは異なる。しかも政治の膠着状態は、ポピュリスト憲法の理念とはほど遠い。一体、司法審査廃止論と新しい憲法秩序はどのような関係にあるのか。

結論から述べると、おそらく、司法審査廃止論は、新しい憲法秩序における裁判所を直接に念頭に置いたものではない。レンキスト・コートのカリカチュアを創造し、裁判所が「突出」する場面を想定したうえで、それをことさらに批判したものだと考えられる。必ずしも「新しい憲法秩序」という現状を批判するものではないのである。

もちろん、『秩序』は社会学的な記述であるから、トゥシュネットはこの秩序を評価することはしない。評価しない限りで、かろうじて、司法審査廃止論が「新しい憲法秩序」に対するトゥシュネットの評価であると理解する余地は残されている。しかしながら、現実が、新しい憲法秩序であるとするならば、ここでの司法審査廃止論は、どれほどの規範的な強度を有しているのだろうか。廃止することの現実的可能性については格別、仮に廃止できたとしても、そのような政治の停滞した新しい憲法秩序において、ポピュリスト憲法は実行不可能な企てと言わざるをえない。そのような提言は夢想であり、新しい憲法秩序を前提とする限り、ポピュリスト憲法なるものは単なる空論にすぎない。

加えて、トゥシュネットの「秩序」論においては、秩序移行がどのようなメカニズムで生じたのかの分析も極めて不十分である。<sup>(19)</sup>彼の説明では、専ら政党間のイデオロギー対立を背景に統治構造上の理由から生じているとされる。つまり政党間のイデオロギーの分極化ゆえに、その反映として恒常的に分割政府となっているということであった。秩序移行は少なくとも、政治部門と合衆国最高裁の対立から生じたものではない(TCC 114-41)。トゥシュネットは、ニューディール-偉大な社会秩序から新しい憲法秩序への移行



が、移行メカニズムのパタンとして一般化できるとは言っていない。「新しい憲法秩序」が、これからどのように移行していくのかも、不明である。要するに、司法審査廃止論が、仮に「新しい憲法秩序」とは別の秩序を前提にしたものだとしても、トゥシュネットはそれを具体的に示しておらず、そのような廃止論に適合的な秩序への移行が起きるのかどうかについても述べていないことになる。

そうすると司法審査廃止論は、「新しい憲法秩序」とは異なる、別の憲法秩序を想定した議論だということになるのではないか。司法審査廃止論は、「新しい憲法秩序」の後に訪れるかもしれない、あるべき秩序を想定している。だが、トゥシュネットはその異なる秩序を明示していない。司法審査論が廃止された場合の具体的な制度設計については殆ど語らないのである。本来ならば、この具体的な制度設計こそが、司法審査廃止論の説得力を決するはずである。

ゆえに、司法審査廃止論と「新しい憲法秩序」との間に連続性はないと考えられる。これらは、規範理論と記述理論という質的な差異以上に、議論の出発点と終着点異なるものである。仮に連続するものだと理解するならば、新しい憲法秩序という現実を前提にした司法審査廃止論は、実行可能性が極めて低い以上、行き詰まることになる。<sup>(20)</sup>

#### 四 9.11以降の「新しい憲法秩序」

『秩序』は、2001年の公刊時点での憲法秩序を記述したものであり、その後の政治・社会情勢の急激な変化については、予測にとどまっている（NCO 108-10）。トゥシュネットの予測は次のようなものであった。2001年9月11日を分岐点として、大統領の権限強化と、それに伴い新たな秩序の形成へと至る可能性がある。つまり、危機に対処するため大統領に権限が集中し、その結果、小ブッシュのイデオロギーが統治部門において優勢となる。そうすると、経済活動を援助し社会的正義を実現するといった民主党的な発

想は消滅し、『『ニューディール-偉大な社会の憲法秩序』は一気に雲散霧消するかもしれない』(NCO 110)。これは「新しい憲法秩序」の延長線上にあるものの、「ニューディール-偉大な社会の憲法秩序」の基本線がなくなるといふ点で、やはりまた別の憲法秩序といえる。さらに権限強化に乗じて、合衆国最高裁裁判官の任命にあたり、これまでならば上院の承認が得られなかったような極端な右派の裁判官を送り込むことができるかもしれない。

バルキン=レヴィンソンは、2006年に著した論文<sup>(21)</sup>において、同時多発テロ以前の自分たちの主張を、時局の変化を踏まえて修正し、新たに出現した憲法秩序を提示している。そこで、次にバルキン=レヴィンソンの議論をみたうえで、トウシュネットの「新しい憲法秩序」と比較、検討してみたい。

### 1 バルキン=レヴィンソンの「連邦監視国家」体制

バルキン=レヴィンソンは、2000年のブッシュ対ゴア判決をもって憲法革命が起きたと認識していた。ここでの憲法革命とは、レーガン大統領以来の共和党寄りの合衆国最高裁裁判官の任命によって、結果として共和党に乗っ取られた最高裁が、法理変更を積み重ねつつ、ついにブッシュ対ゴア判決に至って、それを完成させたことを指している。トウシュネットは、こうした裁判所にのみ焦点を当てる見方それ自体をしりぞけ、裁判所をより大きな統治制度の中に位置づけ、統治制度そのものを分析するべきだと主張していた。

五年を経て、バルキン=レヴィンソンは自分たちのアプローチに修正を加えることになる。「裁判所による憲法法理の展開は、諸制度と立法、行政規制といったより大きな枠組みの中で生じるもの」であり、「主たるアクターは裁判所ではなく政治部門<sup>(22)</sup>」である。彼らは、トウシュネットと同じ分析視座に立つことになる。

9.11以降に、合衆国は「連邦監視国家」(“National Surveillance State”)

へと変貌を遂げた。<sup>(23)</sup>かかる連邦監視国家においては、統治手段のほとんどが、議会と軍の行政部門と、執行部内の行政部門によって独占されている。これが、現在における主たる憲法的展開（constitutional development）だというのが彼らの結論である。

ではいかにして連邦監視国家なるものは登場したのか。はじめに、2001年論文でバルキン＝レヴィンソンが定式化した憲法革命の四要因を確認しておきたい。第一に、大統領が時間をかけて自分とほぼ同様のイデオロギーを持つ下級審並びに最高裁の裁判官を任命できることである。このような「党派的エントレンチメント」が可能ならば、憲法革命が起きる。第二に、長期的にみて、合衆国最高裁が、時の有力な政党と協調する傾向があるときである。最高裁も所詮は国政内部の一員であるから、この傾向はよく見られるとあってよい。

残りの二つは限定条件である。第三に、全ての大統領が、必ずしも同程度に司法部へのエントレンチメントに対する関心を持っているわけではない。仮に実行したとしても、どの程度成功するかは時と場合による。第四に、ニューディール期の「憲法革命」が行政国家の出現と足並みを揃えていたように、判例法理の変更は、より大きな制度的な変化を反映する。憲法の展開の多くは、裁判所の外側で起きている。その典型例は、国内政治における行政国家の伸張と国際政治における国家安全保障の二つである。裁判所はこれらに対する主たる責任は負っていない。他の政治部門の質的変容を法理レベルへと転換して受容するだけである。五年を経ても、バルキン＝レヴィンソンは基本的には以上の定式を維持している。

そして2000年の「憲法革命」以降、裁判官へのエントレンチメントは実際のところ一層進展したとされる。<sup>(24)</sup>2002年の中間選挙において、共和党が両院で過半数を獲得した。<sup>(25)</sup>南北戦争以来、1934年の一度を除いて初めて、大統領の出身政党が上下両院の多数を占めたのである。<sup>(26)</sup>2004年大統領選挙で今度は小ブッシュが再選される。これを受けて小ブッシュは下級審へのエントレン

チメントを実行し、さらに2005年には、亡くなったレンキストに代わる合衆国最高裁長官にロバーツを、翌2006年には、オコナ合衆国最高裁裁判官の辞職にともない、アリートをそれぞれ任命した。いずれも極めて保守的な裁判官と見なすことができるのだが、それでも上院司法委員会が紛糾することはなかった。

もちろん、小ブッシュによるエントレンチメントを可能にした最大の要因が同時多発テロであることは間違いない。もともと小ブッシュ政権のアジェンダは、<sup>(27)</sup>ロウ判決の破棄と、<sup>(28)</sup>政教分離の緩和であった。しかも、2000年の大統領選の問題が燻っていたため、小ブッシュは支持率も伸び悩んでいた。ところが、9月11日を機にして一気に80パーセントを超える支持率を獲得し、同時に、テロから合衆国を守ることが最優先事項となった。小ブッシュ政権は、報復として10月7日よりアフガニスタンを攻撃し、10月26日にはいわゆる<sup>(29)</sup>米国愛国者法が制定され、2003年3月にはイラク戦争へと突入していった。この一連の過程で、連邦監視国家が出現したのである。

では、連邦監視国家とはいかなるものか。それは「政府が、国内の安全の促進に携わる機関であって、尚且つ、デジタル革命によって誕生したあらゆる装置を利用して情報収集や監視を行う機関である、行政部門に対して、資本の投入を一層加速させる<sup>(30)</sup>」ような国家である。連邦監視国家は、ただ同時多発テロのみを契機として生じたものではない。20世紀の後半に著しい進歩を遂げた、新しい監視技術やデータ処理技術が既に存在していたからこそ、実現可能となったものである。その点を見落とすならば、かかる技術が同時に、国内の犯罪捜査にも用いられていることを見逃すおそれがある。<sup>(31)</sup>

この連邦監視国家は憲法システムに次の二つの危険を及ぼすことになる。<sup>(32)</sup>  
一つは、従来の刑事司法制度に大統領の戦争権限が侵食していく危険である。本来、刑事司法制度は、執行権の外側にあって、人々の権利を保護するために、執行権に対して様々な手続的制約を設けていた。にもかかわらず、「テロとの戦い」を標榜し遂行するため、大統領はこうした従来の刑事手続

とは別に、強制力を有した国家安全保障制度を作り出すことになる。もう一つは、それに付随して、従来の刑事司法制度それ自体が、徐々に新たな国家安全保障制度に似てくるという危険である。

バルキン＝レヴィンソンによれば、連邦監視国家は、統治構造の観点からすると、議会の権限や権威を大統領へ移行させるものである<sup>(33)</sup>。これは個人のプライバシーや市民的な自由にとって脅威であり、ひとつの統治部門に過度の権限を集中させる点で極めて大きな問題を孕んでいる。直接の実務を担う行政部門はアカウントビリティを免れており、透明性にも欠ける。執行部は、他の統治部門から隔絶されることで、独善に走るおそれがあり、しかもその場合には修正がきかない。

確かに、連邦監視国家は、国外情勢の的確な把握、戦争をはじめとする情勢変化へと即応する必要から生じた面はある。だが同時に、以上のような危険性もまた否定できない。連邦監視国家は新たな「大きな政府」の登場なのである。<sup>(34)</sup>

連邦監視国家の出現の要因が第一次的には対外政策によるものだとしても、バルキン＝レヴィンソンは、結局、国内政治に跳ね返ってくるはずだという。前述の刑事司法手続の問題にせよ、裁判所が憲法解釈の次元でしっかりと線引きをすれば大きな問題とはならない。しかし、レヴィンソン＝バルキンは、かつて裁判所が、ニューディールの「憲法革命」の際に行政国家の出現という事実を結局は受け入れたように、今度は連邦監視国家を喜んで承認するだろうと考えている。なぜなら、連邦監視国家現象については、党派性の要素がなく、その必要条件についても、大綱についても、共和党と民主党の間に<sup>(35)</sup> 径庭はないからである。

小ブッシュが新たに任命した合衆国最高裁裁判官の内訳を見るならば、裁判所の今後について予測することができるかもしれない。これまでも、程度の差こそあれ、レーガン、大ブッシュ、クリントンのいずれの大統領も対外的軍事力の増強を図ろうとはしていた。しかし小ブッシュが彼らと決定的に

違うのは、任命にあたり、テロとの戦いのために大統領権限の強化することをアジェンダに据えた人事を行ったという点である。

レーガン大統領に任命されたオコナ裁判官は、ハムディ対ラムズフェルド事件<sup>(36)</sup>において小ブッシュ政権の政策に異議を唱える決定をし、このときは少数意見であったものの、ラスル対ブッシュ判決<sup>(37)</sup>においては、公然と、多数意見の一員として、政権批判の輪の中に加わっている。それに対して、ロバーツ長官は、コロンビア特別区巡回区控訴裁判所在職時に、まさにハムディ事件の控訴審において政権側を支持した人であった。アリート裁判官はハムダン対ラムズフェルド事件<sup>(38)</sup>において、予想通り、大統領の主張を支持している。

さらに、連邦監視国家は、共和党のみによって生み出されたものではないという点が重要である。米国愛国者法制定の際に、民主党議員も、我先にと賛成票を投じたことから明らかなように、当該国家体制は、「両党合作による長期的な合衆国憲法展開のプロジェクト<sup>(39)</sup>」である。共和党と民主党との間では依然として、市民的権利や大統領権限の問題に関して、見解は一致しないかもしれない。しかし、こうした対立それ自体が、既に出現しつつある連邦監視国家という大きな枠組内での話におさまってしまっている。それゆえに、党派間の差異はもはや重要ではない。「両党の争いは、かかる体制それ自体の正当性の局面ではなく、体制の輪郭<sup>(40)</sup>に関して行われる」ことになる。

こうしてバルキン＝レヴィンソンによって提示された「連邦監視国家」という「新たな」憲法秩序は、トゥシュネットの「新しい憲法秩序」論にどのような示唆を与えるのであろうか。

もともとトゥシュネットが、『秩序』においてバルキン＝レヴィンソンと自らを区別したのは、憲法秩序を認識する際の分析視座が異なるからであった。トゥシュネットは当初より、裁判所は政治部門と合わせて総体として見

なければ憲法秩序を理解できないという立場であった。9.11を経て、バルキン＝レヴィンソンもまた同じ分析視座を共有したことになる。憲法の変化には二種類あり、それは、政治部門主導による法律や制度構築といった「統治レジーム」(governing regimes) の変化と、裁判官の任命手続という党派のエンタレンチメントの過程を経て実現される判例法理 (judicial doctrine) の変化である。後者はあくまで前者を背景にして理解されなければならない。<sup>(41)</sup>

もちろん、バルキン＝レヴィンソンにこのような修正を促したのは、9.11以降に出現した連邦監視国家なるものであった。大統領と、それに追従する連邦議会の政治部門の主導によって、「テロとの戦い」が遂行される過程においては、裁判所はどうしても二次的、受動的な立場に置かれざるを得ない。現在の憲法体制を理解するために、専ら裁判所の判例法理の変化に目を向けているのでは、不十分である。

連邦監視国家なる憲法秩序は、トゥッシュネットの2001年段階の「新しい憲法秩序」とは相当に異なるものの、それでも彼の予測とは大方一致しているように思われる。「新しい憲法秩序」は、イデオロギーの両極分化が苛烈であるため分割政府が常態化し、それゆえに「ニューディール - 偉大な社会の憲法秩序」=大きな政府を実現することが事実上難しくなり、憲法による正義の実現という目標が「制限された憲法秩序」であった。それに対して、バルキン＝レヴィンソンの連邦監視国家は、まずもって「大きな政府」である。国家の安全という大義名分のもと、イデオロギーの対立は一旦棚上げされ、大統領の下で、共和党、民主党両党が一丸となる。

さらに、かつてのトゥッシュネットの議論は、裁判所について、政党間のイデオロギー対立の影響から、任命手続において逆説的に穏当な選択がなされ、その結果、司法判断の手法としてミニマリズムが実践されるというものであった。ところが連邦監視国家体制においては、ロバーツ、アリーの二人の任命過程から明かなように、露骨に党派的な人事が可能となってしまう

っている。しかも、テロ関連の裁判において、事実、彼らは大統領の施策を支持する意見を執筆しているのである。

もっとも、連邦監視国家が大きな政府であるとしても、「ニューディール-偉大な社会の憲法秩序」とは異なる「大きな政府」であることもまた明白である。ただし、これがトゥシュネットの予想したように、「ニューディール-偉大な社会」の原理を全面的に廃棄するものなのかどうかは不明である。連邦監視国家という憲法秩序は、「テロとの戦い」という一点でイデオロギー対立を超克するものであり、「テロとの戦い」という前提条件を外した場合に、現在が実際には、トゥシュネットの「新しい憲法秩序」のままであるのか、それともまた次の秩序へと移行しているのかは、はっきりしない。

だが少なくとも、バルキン＝レヴィンソンの着目した2002年中間選挙では、上下両院とも共和党が多数派を形成したことにより、政治部門が全て共和党に独占されたのは事実である。トゥシュネットの強調する分割政府は解消されている。合衆国最高裁人事と重ね合わせてみるならば、統治体制は、より強固に共和党的なるもの、つまりは、反「ニューディール-偉大な社会の憲法秩序」へ向かっている。

ところが、2006年に行われた中間選挙において、今度は上下両院とも民主党が多数党に復帰したことで、再度、分割政府の状態に戻ることになった。<sup>(42)</sup>果たしてこの結果はバルキン＝レヴィンソンの議論の強度を減ずるものであろうか。詳細を分析する用意はないが、次のことは言えるように思われる。要するに、時間の経過である。

バルキン＝レヴィンソンの重視した2002年の中間選挙（とその延長線上で2004年の大統領選挙）において共和党が勝利したのは、まだ9.11の記憶の生々しい時期だったからであり、たまたま現職の大統領であった小ブッシュの路線がひとまずは支持されたからであると言えるだろう。同時に、バルキン＝レヴィンソンがやはり指摘するように、当時より「テロとの戦い」に関



しては、共和党と民主党の間に質的な差異はなかった。だからこそ両党の協調により連邦監視国家が作られたのである。

とするならば、2006年選挙の結果は、とりわけイラク戦争以降の小ブッシュの政策が支持を失いつつあるということを主たる要因として、民主党であっても国家の安全に関しては共和党同様に最重要の政治課題として取り組むはずだという認識が、国民の間に定着したことが付随的な要因ではないかとも考えられる。そのことをハムダン判決から読み取ることもできよう。

バルキン＝レヴィンソンは同判決について、アリート裁判官が任命権者である小ブッシュの意向どおりの判決を書いた点を強調しているが、同判決が小ブッシュにとっては手痛い違憲判決であったことには、さほど言及しない。ハムダン被告をグアンタナモ米軍基地内の特別軍事法廷にかけけることは、アメリカの軍事法典やジュネーブ条約に違反し、当該特別軍事法廷そのものが違憲であると判示するものであり、統治部門と裁判所のイデオロギー的親和性のみでは本來說明がつかない内容である。だがハムダン判決は、ハムダン被告を無罪放免にするものでもない。彼には通常の刑事司法手続を受ける権利があると宣言するにとどまる。つまり同判決は、小ブッシュの「テロとの戦い」路線を批判しつつも、連邦監視国家の大枠は維持するものだ、とも理解できるのである。<sup>(43)</sup>

## 2 トウシュネットにおける戦争と憲法

それではトウシュネット自身は、9.11同時多発テロと、その後のテロとの戦い、イラク戦争を受けて、どのような種類の議論を行っているのか。近年の論稿をみてみたい。

同時多発テロ直後には、憲法研究者の間で、戦時における合衆国憲法のあり方について、両極端の主張がなされた。一方の極は、自由と安全をトレードオフの関係とみたうえで、安全のために自由を制限することが正当化されると考える立場である。もう一方の極は、トレードオフを否定し、自由を最

大限に尊重すべきだと主張する立場である。言うまでもなく、前者は小ブッシュ政権の立場である。トゥシュネットは、いずれの立場にも与みせず、これら二つの極端な議論とは距離を置く。そして自らは「第二世代」と称して、両極の議論の相対化、もしくは議論の構造それ自体の解体を図ろうとする<sup>(44)</sup>。「第一世代」は、眼前の出来事に対して、専ら論者自身の政治哲学から反射的に応答したものであった。それに対して、第二世代は、マクロな視点から、より歴史的、分析的に、戦争と憲法の間を捉える。そうすることで、いずれの議論にも内在的欠陥が含まれていることを暴露しようとするのである。

このように第二世代の特徴は、議論の相対化にある。トゥシュネットによる戦争と合衆国憲法をめぐる議論は、現実の政治を正面から分析するものではなく、まして自らの立場を前面に押し出す類のものでもない。『剝奪』や『秩序』とは、さらにバルキン＝レヴィンソンとも、全く別の視点から、9.11以後の憲法を論じるものである。

### (1) 緊急事態と憲法

トゥシュネットによれば、戦争をアメリカ立憲主義に取り込む方法として、三つが考えられる。<sup>(45)</sup>一つ目は、合衆国憲法の一般的な基準が戦時においてもそのまま妥当するものの、適用のレベルでは平時と異なる場合があるというものである。たとえば、人種にもとづく別異取り扱いに関して、裁判所は通常、厳格審査を行うが、戦時においては、同じ厳格審査を用いても、政府にやむにやまれぬ利益があるとして合憲と判断する可能性がある。二つ目は、戦時に適用可能な憲法ルールは、平時のそれとはカテゴリーが異なると考えるものである。先ほどの例で言えば、人種にもとづく別異取り扱いが、戦時においては合理性の審査で憲法適合性が判断されるというように、基準が変わることになる。そして三つ目が、戦時において法は一時停止状態になるという考え方である。

これら三つはあくまで理念型である。理論的には三つの立場が考えられるというだけであり、しかもトゥシュネットは、現実を分析するツールとしてもこれらのモデルを用いることはしない。というのは、トゥシュネットが、テロとの戦いを、それが長期間にわたるものであるがゆえに、第二次世界大戦と同じ意味での戦争とはいえない、と判断するからである。テロとの戦いは、戦争よりも「事態」(conditions) <sup>(46)</sup> というべきものである。とするならば、現在は戦時ではないのであるから、先の三番目の選択肢は、少なくとも現状においてはとりえない。「事態としての戦争は、通常状態と同じであり、<sup>(47)</sup> 何らかの特別措置の認められる緊急事態とも異なる」。

現状を戦争ではなく通常状態と理解する以上、必然的に一つ目の選択肢が採られるべきことになるように思われるが、トゥシュネットはそのような議論を展開しない。彼の議論の核心は、退けられた第三の選択肢の重要性を訴えることにあるのである。他方で、第二次世界大戦という「戦争」時における立憲主義の分析をするわけでもない。こうしてトゥシュネットは、一見、現実とは乖離した架空の設定上で議論を展開していくことになる。

緊急事態において法の一時停止が許されるという主張は、停止が不可避であること、停止すべき状況かどうかの同定が無意味なこと、同定しようとする事自体が法の支配の価値を損なう可能性があること、以上三つの理由にもとづいているとされる。これは緊急事態における超憲法的権限 (extra-constitutional powers) というものを認めるということである。超憲法的というのは、合法・非合法とは別の類型である。すなわち「超憲法的権限は、それを行行使する者が法による制裁を免れるという点で合法的である、と同時に、十全に機能する法制度であれば、同じ者に承認も与えないという点で非合法的」 <sup>(48)</sup> だということである。

ところが、かかる超憲法的権限が発動される緊急事態は、予め定義できるものではない。緊急事態は、常に新しい事態として生じる。それゆえに、超憲法的権限を成文憲法典に規定するのは難しいことになる。

それでは憲法典の枠外で行使される当該権限は、いかにして制御されうるのか。法の停止を恒久化することは、即ち「法の支配の終焉に他ならない」<sup>(49)</sup>。トゥシュネットはここで市民に期待をかけることになる。かかる権限は、誰もが異常な状態であると認識している場合に限り発動される。その場合には、裁判所が現憲法体制との整合性に関して、支持も非難もしてはならない。超憲法的権限の妥当性は、能動的な市民の審査と規律によって監視されるのである。例外状態が終わると、超憲法的権限は、非合法なものとなる。権限行使が果たして正当なものであったかどうかは、事後的にチェックを受けることになる<sup>(50)</sup>。

トゥシュネットの、戦時における法の一時停止と超憲法的権限の発動という議論は、現在の小ブッシュの政策を直接に俎上に載せるものではない。だが、同じ第二世代の別の論者は、現政権が、テロとの戦いという名目のもと、刑事司法に関しては、戦時体制と通常の憲法体制を恣意的に混合させ、国際法上のルールと国内法上のルールの双方から逸脱した制度をつくることで、自由の侵害を行っている<sup>(51)</sup>と分析している。そうした分析を踏まえるならば、トゥシュネットはけっして明言することはないものの、当該議論は、小ブッシュ政権が現実<sup>(52)</sup>に第三の選択肢を選び、政策を遂行しているという理解を前提にしたものかもしれない。

とするならば、テロとの戦いは本来の意味での戦争ではないのであるから、もともと採りえない三つ目の道を選んだ小ブッシュ政権に対して、それが逸脱形態であると間接的に示唆するのが、トゥシュネットの議論の目的だと理解することもできなくはない。だが、こうしたトゥシュネットの語り方は、分析的なものにとどまる。自らの政治哲学に立脚した規範的主張の形態をとらないため、現状を批判する議論としては極めて弱い。

## (2) コレマツ判決の擁護<sup>(52)</sup>

合衆国政府は戦時に脅威に対して過剰反応し、市民的自由への重大な制限

を課するような政策を採用してきたというのが従来の定説である。<sup>(53)</sup> 日系アメリカ人の強制収容に関するコレマツ合憲判決は、ロストゥ教授がかつて「大惨事」<sup>(54)</sup>と呼んだように、合衆国の憲法判例の中では極めて悪評の高いものであった。トゥシュネットは、第二世代の論者として、戦時における市民の権利・自由の取り扱いのパタンを分析することで、コレマツ判決を従来の判例法理のレベルではなく、別な角度から擁護できるのではないかと考える。

トゥシュネットは、歴史を顧みれば、戦時中の政府施策に対する国民の反応には、一定のパタンが読み取れるという。<sup>(55)</sup> 概して、代表者達と裁判所が、国家の安全という大義名分のもと正当化してくれるような施策を、政府は実行するものである。ところが、戦争の危機が去ると、事後的に、かかる施策が正当化されないものに思われてくる。裁判所が支持あるいは黙認していた政府の施策に対して、遅かれ早かれ、社会が、当該施策は正当化されるものではないと考え、当時の裁判所は間違っていたのだ、という判断をくだすことになる。<sup>(56)</sup> こうして市民的自由についての理解が適及的に再調整されるのである。<sup>(57)</sup>

しかし、過去の戦時下にとられた政策への事後的な批判は間違っている可能性がある。<sup>(58)</sup> 政策担当者は現に起きつつある事態を目の前にして、先行き不透明な状況のもとで行動していたのに対し、批判的な反応は、事が終わった後で、大抵は戦争が成功裡に終わった後に起きるものである。そうになると、実際の政策担当者が、不確実な脅威を明らかに誇張しているか、脅威に対して何ら効果のない政策を実際に展開していると確信のない限りは、後知恵で彼らを抑制することは厳に慎まねばならないはずである。

もっとも、だからといって政策担当者が不確実性のもとで必ず最善を尽くしているはずだと想定するのも正しくない。トゥシュネットは、コレマツ事件の強制収容に密接に関わっていたデウィット將軍（General DeWitt）が、人種差別的傾向を有していたこと<sup>(59)</sup>に言及する。

また、第一次世界大戦後の最初の「赤の恐怖」期における政策が、現に実

効性を欠いていた事実から、政策決定を行う行政官に特有の問題も浮き彫りになる。<sup>(60)</sup>「情報」の問題である。コレマツ事件では、デウィット将軍が、最前線で決定権を握る行政官だったわけであるが、事態の展開が不確実な状況において、決断の鍵となる「情報」は、そこに集中していた。結局、デウィット将軍の上官も、裁判所もまた、基本的にはその情報を信用せざるをえない。さらに問題なのは、決定をなす行政官が、本質的に自分の誤りを認めようとしなないものだという点である。

こうした行政官の情報秘匿傾向は、トゥッシュネットによれば、現在のテロ関連勾留者についても顕著にみられる。しかし政府・行政の政策担当者という地位を考慮するならば、市民や裁判所が、彼らの脅威の評価と対応策を信頼することには、もっともな理由はある。<sup>(61)</sup>脅威は常に新しいものとして出現するのであるから、その度に新しい対応策を必要とするはずであり、政府・行政官の施策について、裁判官は既存の憲法規範との整合性の観点に縛られるべきではないからである。もちろん、適時的に再調整が行われるとするならば、進行中のテロ関連訴訟においても、今後、裁判所がアプローチの変更を行う可能性は残されている。

このように、人々は、過去の政府公職者が国家の安全への脅威を誇張していたか、現に存在していた脅威に対するものとしては効果のない施策を採ったということを事後的に認識し、脅威についての当時の評価には懐疑的となる。かかるパタンの結果として、徐々に、政府の対応策の射程も減じられていくという社会学習プロセスが、現に存在するのである。

もっとも、これはある意味で、パタンの楽観的な見方である。政府の施策による市民的自由への脅威は、後の戦争状態になればなるほど、小さくなっていくと考えるものだからである。実際に、トゥッシュネットは、現在の合衆国において日本人の強制収容と同規模の措置は採られていない点を強調する。加えて、市民的自由が脅威に晒されているのは、在米の、市民権を持たない人々であり、彼らに通常課される国外追放処分に関しても、政策の運用

実態はテロ以前と何ら変更はないのだという。

そうしてみると、社会学習プロセスは、犠牲となる「他者」を作り出すことで、過剰反応の縮減をもたらすという構造を持っていることがわかる。プロセスを否定的に見るならば、そのときにはまさに、この作り出された他者へ目を向けることになる。だがトゥシュネットは、基本的には、戦時における裁判所は、政策担当者の政策判断を基本的に尊重するべきであるし、他方で一般市民は、特に彼らが情報を秘匿しているような場合に、懐疑的な目を向け続けるべきだ、と主張する。

さて、かかる論証で、トゥシュネットはコレマツ判決を擁護できているのだろうか。彼の論証は次元の異なる二つの面からコレマツ判決を擁護するもののように思われる。一つは、戦時における脅威に直接対処する責任を負っているのは政策担当者であり、制度的にそのような権限分配がなされている以上、裁判所は彼らの判断を尊重するのが原則だというものである。したがって、コレマツ判決はその限りで正当化できる。

もう一つはこうである。歴史的に記述される一連の社会学習プロセスは、結果としてみれば、権利侵害の程度の漸減をもたらしていることがわかる。コレマツ判決はその端緒となったものであり、以後、現在も含めて、戦時において、コレマツ判決を上回る集団的な権利侵害は起きていない。その限りで、コレマツ判決は積極的な意義を有する一つの分岐点として擁護できる。

しかし、そのような擁護論の形をとるところに、トゥシュネットの法理解の難点がある。歴史的なパターンがあるとしても、かかる事実によって、現政権の政策を正面から批判することはできない。事実を評価する規範的基準を有していないからである。戦時と立憲主義の関係についての議論と同様に、パタンの認識は、結果として現状の消極的な追認に終わる。トゥシュネットは、コレマツ判決を法内在的に擁護することはできないし、また同様に現在の政策に対する批判的な視座を獲得することもできないのである。<sup>(62)</sup>

## 五 民主的実験主義という企て

第三章でみたように、『剥奪』と『秩序』との間には径庭があり、連続的に捉えるならば、袋小路に入り込む。<sup>(63)</sup>ところがトゥシュネットは、セイベルとドルフによって提唱され、実際に幾つかの成功例もある「民主的実験主義」<sup>(64)</sup>（“democratic experimentalism”）に言及し、そこに突破口を見出そうとしているようにもみえる。「新しい憲法秩序において、政府活動の理論としては最も見込みのあるもの」（NCO 171-72）だとされる。

民主的実験主義とは、ごく単純化するならば、地方分権化である。中央による監督のもと、各地域において、選出機関が自由に政策立案と実現手段を選択できるようなシステムである。このとき、従来の立法・行政部門は大綱を策定する役割を担うことになる。

トゥシュネットは、かかる取り組みを、より身近な日常の必要性に対応し、イデオロギー対立から離れた合意形成が可能となる点で、一定程度評価している（NCO 169-172）。地域レベルの小規模の実験は、新秩序の制限された目標というものに適合的である。民主的実験主義が開始するのは、共通の目標がはっきりしているときであっても、政治システムが内部における利益対立によって機能不全に陥っているような場合だからである。

しかしその一方で、民主的実験主義も、いうなれば新たな政府のプロジェクトであり、大きな政府の復活につながるものである。分割政府の状態では採用される見込みは薄いため、トゥシュネットは全面的には支持していない。しかし果たして本当に実現の可能性は全くないのであろうか。民主的実験主義が「新しい憲法秩序」のもとでの一つのモデルとなりうるかどうかを見極める必要がある。

民主的実験主義という制度設計は、司法審査廃止論を含むものではない。したがって厳密な意味では、トゥシュネットの司法審査廃止後のあるべき民主主義モデルでもない。だが、民主主義をより活性化させるという思惑では



一致している。さらに、実験主義における裁判所は、トウシュネットが司法審査廃止論を提唱する際に念頭に置いていた、法の不確定性に対しても、一つの処方箋を与えるものだとされる。その点でも、民主的実験主義は参照に値するものであると考えられる。

### 1 民主的実験主義 ——直接的熟議ポリアーキ——

ドルフ＝セイベルは、現在の憲法体制は、次の二点で深刻な混乱に陥っていると認識している。一つ目として、国民生活が過度に複雑で多様なものとなり、同時に人々の意思もまた移ろいやすくなるために、従来の制定法や行政のルール、裁判所の判断といった形式では対応できなくなっている。二つ目は、国民生活が細分化されすぎたために、国民の、いわゆる一般意思なるものは、その形成がより困難になっている、ということである。

かかる事態に対して、ニューディール - 偉大な社会型の行政国家は既に実効性を失っており、「亡霊」(a ghostly existence)<sup>(65)</sup>でしかない。ところが、近年の憲法をめぐる議論には、複雑な時代において民主的な統治はいかに可能かという観点に立ちつつ、アメリカの民主主義の伝統を特徴づけている憲法の諸原理にもしっかりと目を向け、アメリカ立憲主義ならびに代表民主政を再考する、そのような努力が殆ど見られない。<sup>(66)</sup>もともと、アメリカ立憲主義は、本来両立しないはずの二つの民主主義理念を統合しようとする点に目新しさがあつたはずである。すなわち、民主主義とは、一面では、日常生活の多様性からは離れて、熟議によって抽象的に公共善を実現するものだと理解され、他面で、まさに同じ多様性の中で、現実の達成度を基準に測定可能な個々人の具体的な善をも実現するものだとということである。

中央集権的な、命令 - 支配型の官僚主義としてのニューディール - 偉大な社会憲法秩序には、多くの国民は既に信頼を置いていない。もし、トウシュネットの記述するように、現状ではもはや政府主導の社会改革が実現不可能だとするならば、新しい憲法秩序のもとではいかなる展望があるのか。ニュ

ーディール - 偉大な社会がトップダウン型の政策形成であり、新しい憲法秩序がそれを拒否するものだとするならば、命令 - 支配を含まない政策形成のあり方を構想できるはずである。<sup>(67)</sup>

ニューディール体制から学んだことは、政府の実効的なサービスや規制といったものは、常に地域の問題状況の変化に応じて調整されなければならないということであった。<sup>(68)</sup> 民主的実験主義という新たな統治形態は、権限を、能力ある市民や地域の統治機関に移譲し、彼らの、地域に根ざした具体的な知識を用いることで、個別の事情に適した解決方法を見つけ出そうとするものである。

すなわち、連邦レベルでは、各地域の抱える問題について、きめ細やかな対応をすることは不可能であるが、同時に、一地域だけでは自らの問題解決が最善の方法かどうかの判断が困難である。そこで新しい制度においては、各地域と地域間の差異について連邦が情報を収集する一方で、各地域の市民は、自らの地域の政府が提示する政策の有効性を、かかる情報にもとづいて、類似の問題を抱える他の地域と比較したうえで、討議のなかで評価し、理由にもとづいて決定していくことになる。

ドルフ＝セイベルは、このような市民の統治への参加形態を「直接的熟議ポリアーキー」<sup>(69)</sup> (directly deliberative polyarchy) と呼ぶ。公共サービスが、サービスの種類ごとに、ピラミッド型の行政組織によって独占的に提供されていたニューディールモデルとは、根本的に違う統治形態である。<sup>(70)</sup> 決定に参加する関係者は常にアカウンタブルとなる。<sup>(71)</sup> 民主的実験主義によって、日常の政治を憲法体制に組み込み、さらなる民主化を行うことができるようになるのである。<sup>(72)</sup>

この民主的実験主義という制度設計は、プラグマティズムの問題解決法に哲学的な基礎をもつ。目的と手段を相互依存的なものと理解し、試行錯誤の経験を通じて、手段はその都度変更されていくべきだと考えるのである。<sup>(73)</sup>

民主的実験主義においては、地域の行政機関の役割は、目標を設定し手段

を選ぶことである。行政機関は、集めた情報にもとづいて、パフォーマンスの基準を定め、連邦レベルの目標に合致するようにさせるように心掛ける。地域の事情に対応できるように、政策決定は脱中央集権化され、基本的なルールは地域における熟議のなかで作られることになる。

では、直接的熟議ポリアーキーにおける連邦政府の役割は何か。かかる熟議を承認し、地域の実験的取り組みに対して、財政的援助を与えることである。そして連邦レベルの行政部門の役割は、地域間調整の基盤整備である。裁判所は、これまでと同じく、統治部門の規律と、権利の保護の役割を担う。つまり、裁判所の役割は、地域での実験が立法によって承認された範囲内にあるかどうか、尚且つ市民の権利を尊重しているかどうかを審査し判断することである<sup>(74)</sup>。これは「伝統的な合衆国憲法第三編の裁判所と何ら変わるものではない」<sup>(75)</sup>。

したがって、民主的実験主義は、合衆国憲法の伝統に反するものではない。むしろ連邦主義や権力分立といった原理を活性化するための方途である。民主的実験主義の本質である脱中央集権化と地域間の相互チェックは、既存の連邦主義や権力分立の原理よりも、憲法の理念をより適切な形で実現するものである。

ただし、こうした連邦主義と権力分立の再構成は、従来の憲法上の権利概念にも影響を及ぼす可能性がある<sup>(76)</sup>。憲法上の権利は次のように再構成されることになる。アメリカ・プラグマティズムによれば、権利に関する道徳的見解の不一致は、広く共有された一般原理をいかに執行するかの問題に他ならない。合衆国最高裁は、ミランダ判決<sup>(77)</sup>で展開されたような「予防的準則」(prophylactic rules) や関連法理を用いながら、権利の救済方法や、憲法目標の実現手段といったものを幾つか承認してきた。この準則は、「ある特定の状況が、たとえ合衆国最高裁が明白な憲法違反を認定できなくとも、憲法上の権利や諸価値にとって危険をもたらすこと」を示しつつ、「統治部門<sup>(78)</sup>に対して、裁判所の確立した最低限の保障基準を守る義務を課する」もので

ある。

換言するならば、裁判所が一般的、中核的権利を承認したならば、それをどのように執行するかに関しては、かなりの程度の実験が許されるということである。これは同時に、権利を救済の観点から捉え直すことを意味する。憲法上の権利やその他のエントレンチされた原理に関して、目的と手段を分離して考えることはほぼ不可能である。合衆国最高裁が予防的準則を展開するのは、憲法上の権利というものが、中核部分は明らかでも、その周縁については不明確さを免れないものだからである。権利の内容は常に不確定である。それゆえに、権利についてはプラグマティックに捉え、実験主義的な裁判所であれば、「予防的準則の考え方を、全ての権利について一般化する」<sup>(79)</sup>ことも十分に可能である。権利の周縁部分については、市民レベルの実験に委ね、裁判所はその実験のモニタリングをする。そして、権利や原理の周縁部分で展開される実験が、中核部分に影響を及ぼし変容させるという現象が起きることになる。

## 2 問題解決型裁判所<sup>(80)</sup>

ドルフ＝セイベルは、民主的実験主義という新たな政治原理を採用しても、裁判所に関しては、合衆国憲法第三編で付与された権限の本質が変わるわけではないと主張する。しかもドルフは、かかる裁判所が、法の不確定性の問題にも、より適切に対応できるようになるとも考えている。トゥシュネットの司法審査廃止論の背景にある不確定性の問題に、かかる議論はいかに応答できるのか。

ドルフは、正式事実審裁判所と上級裁判所をひとまず区別する。そして前者は「問題解決型裁判所」(problem-solving courts)という役割を果たすことになるという。これは、第一次的には、裁判所が、被告となる行政部門(とサービスの直接の提供者)の実績をモニタリングするということである。<sup>(81)</sup>その場合、当然に、法の不確定性の問題に直面することは減少する。

民主的実験主義において、行政部門ではなく裁判所がモニタリングの責任を負うのは、裁判所には、行政部門にはない三つの長所があるからである。<sup>(82)</sup> 第一に、錯綜した問題の効果的な解決策を探るべく、関係当事者を一同に集める力（convening power）がある。第二に、裁判所は訴訟の結果について利害関係を持たない中立の立場にある。そして最後に、何らかの政策を違法であると判断することで、裁判所自体が解決策を有していなくとも、その判断によって、関係者に政策の改善を促す力がある。

そうすると民主的実験主義においては、正式事実審裁判所が行政サービスをモニタリングし、上級審裁判所は、下級審のモニタリングをさらにモニタリングすることになる。<sup>(83)</sup> 下級審裁判所が法の不確定性の問題に直面しないのであれば、上級審裁判所もまた直面しない。社会的、道徳的な問題を、「憲法典の権威的な解釈を根拠に解決しようとするのではなく、実践的に問題解決型で取り組むようになればなるほど、法の不確定性の問題もそれに応じて小さくなる」<sup>(84)</sup> はずである。

さらに、前述のミランダ判決が示唆しているのは、上級審が、より積極的に実験主義的制度の一翼を担える可能性である。つまり上級審裁判所は、<sup>(85)</sup> 「暫定的な裁決」（provisional adjudication）を行うことができる。これは、当該判断を、面前の法の問題を解決する限りでの決定とすることで射程を限定し、より優れた解決が見つかるならば、先例拘束性の原理を通常よりも緩和して容易に覆すことができるようにする、というものである。

またドルフによれば、不確定性の問題は、ハード・ケースとビッグ・ケースの双方に関わるものであるが、多くのハード・ケースは、ビッグ・ケースへと転換され得るため、その点でも縮小されるという。ここでハード・ケースとは、異論の余地のある道徳的判断のために、意味内容の不確定な法条項を解釈せざるをえない事案であり、ビッグ・ケースとは、<sup>(86)</sup> 裁判所に制度改革などの行政的な判断を求める事案である。現実には両者の区別は相対的なものである。

たとえば、ブラウン判決は、<sup>(87)</sup>一面では確かに人種別学に関する道徳的な問題であり、その意味でハード・ケースである。だが実際には、当時既に、人種別学については平等違反であるという国民レベルのコンセンサスはあったのであり、むしろ、いかに人種別学を廃止するかという制度改革の問題であった。そうなるとブラウン判決は、実効的な救済措置についてのビッグ・ケースと理解することも可能である。

実効性のある救済策さえ見つければ、それが人々の憲法価値理解に影響を及ぼし、ハード・ケースはビッグ・ケースへと転換される。問題解決にコミットする市民ならば、コミットメントそれ自体が、市民間におけるイデオロギーの断絶を多少なりとも埋める効果をもたらす。民主的実験主義は、多様な価値観を所与として、熟議の中で価値観は変わっていくものと想定して<sup>(88)</sup>いる。確かにビッグ・ケースであれ、裁判所には解決能力が欠如している。だが民主的実験主義は、そのような事案の最終解決を、裁判所ではなく、各地域における実験に委ねることで<sup>(89)</sup>図るのである。

したがって、整理するならば、民主的実験主義は法の不確定性の問題に、次の三点からアプローチするものだといえよう。第一に、裁判所の能力に対する従来の批判を回避することができる。問題解決型裁判所は、確かに制度改革訴訟などを扱う場合もあるが、裁判所が中心的に解決するのではなく、改革の責任を負っている機関が、より実効的に活動できるよう促進する役割を果たすにとどまる。第二に、問題解決型裁判所は、正式事実審であれ、上級審であれ、従来の裁判所に比べるならば法の不確定性の問題に直面することは遥かに少ない。第三に、上級審裁判所は暫定的な紛争解決を目的とし、必ずしも法の解釈問題に最終決着を図るものではないから、政治部門に比して、社会問題を解決する能力が劣後するとしても、それほど問題とならないことになる。

民主的実験主義の強調点は、道徳的価値の複雑かつ多元的な現代社会において、異なる利益や見解を持つ他者を説得することが益々困難になっている

ということではなく、公共的な問題に対して、誰一人として、まとまった解決<sup>(90)</sup>を有していないということである。にもかかわらず、最終的な判断が単一の機関によってなされるようなことは、問題なのである。このことは、裁判所、立法府、立法府から権限を移譲されたピラミッド型の行政部門、いずれが主体であっても、変わらない。したがって、どの機関が決定権を持つかという観点ではなく、市民に適切に決定責任を分配し、いかにして民主的熟議による問題解決を図るかということこそが重要であり、その具体的な制度設計として実験主義が要請されるのである。

## 六 結 語

本稿は第一に、トゥシュネットによって記述された「新しい憲法秩序」の内容を明らかにすることを目的としていた。これは次のようにまとめることができる。ある時代に特定の原理が支配的になることで、かかる原理は統治原理として国家の統治構造を規定し、一定の憲法秩序が形成される。1930年代後半から合衆国を規定してきた原理は平等主義的リベラリズムであり、憲法秩序は「ニューディール - 偉大な社会」秩序であった。しかしながら、かかる秩序は新たな秩序へと移行している。「新しい憲法秩序」は、平等主義的リベラリズムという目標が、大幅に縮小された秩序である。この秩序移行は、政治的なアクター間においてイデオロギーの両極分化が加速し、分割政府が固定化した結果として、政治が理想を追求できにくくなったために起きた。

以上のようなトゥシュネットの「新しい憲法秩序」の議論には、二点で限界があった。第一に、時間的な限界である。「新しい憲法秩序」は9.11以前の秩序であり、9.11がさらなる秩序変動をもたらしたのかどうかについては、別途見極める必要がある。第二に、社会学的な記述に限定したことで抱える限界である。少なくとも『秩序』では、「新しい憲法秩序」を規範的に評価することが回避され、あるべき秩序の具体的な提示はなされていない。

第一の限界に関しては、バルキン＝レヴィンソンの「連邦監視国家」体制をみることで補うことができると考えた。バルキン＝レヴィンソンは、当初、2000年のブッシュ対ゴア判決によって一種の憲法革命が起きたと理解していた。この革命は、共和党の大統領による合衆国最高裁の乗っ取りとでもいべきものである。バルキン＝レヴィンソンは、憲法規範が専ら最高裁のみによって確定されるものだと理解していたため、2000年判決が、政治による最高裁支配の完成とみたのである。しかし、9.11とその後の政治状況の変化を踏まえ、バルキン＝レヴィンソンはトゥシュネットと同じく、統治システム全体を見なければ究極的に最高裁の憲法原理も認識できないとして、アプローチを修正する。そのうえで、9.11後に「連邦監視国家」なるものが出現したと主張することになる。「連邦監視国家」は、国家の安全を第一原理とすることで、トゥシュネットの「新しい憲法秩序」を特徴づける、政治的アクター間のイデオロギー分極化と分割政府を解消するものであった。しかしながら本稿は、「連邦監視国家」は「新しい憲法秩序」に取って代わるものではなく、一時的に生じた体制であると理解し、「新しい憲法秩序」＝「目的の制限された憲法秩序」からは必ずしも移行していないと考える。真に見極めるためにはおそらく時間が必要である。<sup>(91)</sup>

第二の限界については、二つの観点から検討を加えた。一つ目は、トゥシュネット自身の司法審査廃止論を、「新しい憲法秩序」への評価をもとにした規範的議論であると理解できるのではないかというものである。司法審査廃止論は、司法の優越にとどまらない司法の突出が顕著である現状を前提に、裁判所から司法審査権を剥奪すべきだと主張するものであった。合衆国人民は独立宣言と合衆国憲法典前文に表明される諸原理（薄い憲法）にコミットすることで、人民として構成される。かかる薄い憲法を執行するのは裁判所ではなく人民と代表者たる政治部門であり、それがポピュリスト憲法である。司法の突出のために憲法に関する人民間の討議は歪められてしまっているが、しかし本来、厚い憲法に関してすら、自力執行的な規定が含まれて



おり、裁判所の司法審査が存在せずとも問題はない。

このような司法審査廃止論は明らかに規範的な性格を有している。だが「新しい憲法秩序」とは整合しないことも明らかとなった。「新しい憲法秩序」においては政治が膠着状態に陥っているため、司法審査を廃止するという提言には実行可能性がないからである。『剝奪』と『秩序』は切り離して考えるべきだということになる。

二つ目の補充アプローチとして、ドルフ＝セイベルの民主的実験主義論を紹介した。ドルフ＝セイベルもまた、トゥシュネットと同様に、ニューディール型の政治システムが、価値観の複雑化・多様化した現在においては、既に制度疲労のため実効的なものではなくなってしまったと理解している。そこで、政策の立案、執行を地域レベルまで細分化し、市民の参加と討議を重視するような直接的熟議ポリアーキーという統治形態を提案し、これこそが統治の実効性を回復するものだと言主張する。このとき連邦レベルの統治部門の役割は転換することになるが、合衆国憲法の想定する権力分立と連邦主義には、より適合的な制度だということであった。

民主的実験主義はトゥシュネットに不足しているものを十分に補うことができる。第一に、「新しい憲法秩序」における連邦レベルのイデオロギー的な両極分化を棚上げして、よりローカルな、小規模なレベルでの政策についての合意形成の可能性へと目を向けている点で、実践的な提言である。第二に、司法審査廃止論の局面で考えても、民主的実験主義は、人民の直接的な自己統治を促進させるものであり、ポピュリスト憲法と親和的な議論である。第三に、民主的実験主義における裁判所の役割が、問題解決型裁判所へと転換されることで、法の不確定性の問題を、解決することはできずとも軽減させることはできる。

以上の検討を経て、残された課題は多い。さしあたり二つあげておく。一つ目は、憲法秩序移行のメカニズムのさらなる解明である。トゥシュネットの「新しい憲法秩序」論においてもこの点について十分な説明はなされてい

なかった。またバルキン＝レヴィンソンの「連邦監視国家」は、「テロとの戦い」という、ある種の例外状態を契機としたものであり、普遍化することは難しい。しかしながら、憲法改正を伴わない憲法秩序の移行というものが、あるいは最終的に明文の改正に至るような秩序変化が、いかなる場合に何を要因として起こるのかについて解明することは、立憲主義の安定的なあり方を考えるために有益な作業だと思われる。もう一つは、民主的実験主義のさらなる精緻化である。かかる制度設計はドルフ＝セイベルの自認するよりも、はるかに大きく統治構造を転換させるインパクトを持っている。民主的実験主義は果たして立憲民主政のモデルとして正当化できるものなのか、そしてどれほどの実行可能性があるものなのか。尚一層、議論を深める必要があると考える。

(1) MARK TUSHNET, *TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS* (Princeton Univ. Pr., 1999).

(2) シンポジウムも複数開かれ、書評も多数著された。See e.g., *Commentaries on Mark Tushnet's Taking the Constitution away from the Courts*, 34 U. RICH. L. REV. 359-544 (2000); *Justice, Democracy, and Humanity: A Celebration of the Work of Mark Tushnet*, 90 GEO. L. J. 127-252 (2001).

合衆国での反響の大きさに比するならば、日本において、それほどのものはなかった。日本では憲法81条において明文上違憲審査権が規定されており、その限りで、トゥッシュネットの議論を特殊アメリカ的なものと見なすことができるからかもしれない。トゥッシュネットの憲法論について、日本での紹介文献としては以下のものがある。阪口正二郎『『国家・規制・市場』再考 ニューディール再考と憲法学の可能性』法律時報71巻6号112頁以下(1999年)、同「アメリカ憲法学における主題と変奏 『ニューディール再考』のその後」法律時報74巻9号90頁以下(2002年)、同「アメリカ憲法学における民主主義論の動向と立憲主義の動揺」憲法問題13号113頁以下(2002年)、塚田哲之「合衆国における『市民的公共圏』と憲法裁判」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性 比較憲法的研究をふまえて』(日本評論社、2003年)。同書の内容については本稿三を参照のこと。

(3) MARK TUSHNET, *THE NEW CONSTITUTIONAL ORDER* (Princeton Univ. Pr.,

- 2003). 同書の骨格をなすのは、1998年度開廷期を素材としたハーヴァード・ロー・レビュー巻頭論文において展開された議論である。See Mark Tushnet, *1998 Term-Foreword: New Constitutional Order and the Chastening of Constitutional Aspiration*, 113 HARV. L. REV. 29 (1999). したがって、『秩序』は、『剝奪』の直後もしくはほぼ同時期のものである。また、巻頭論文以外の同書所収論文は、ほぼ2001年までのものである。公刊年こそ2003年ではあるものの、議論の前提となる憲法状況は、内容から判断すると2001年以前のものである。
- (4) さしあたり以下を参照。阪口正二郎「戦争とアメリカの『立憲主義のかたち』」法律時報74巻6号50頁以下(2002年)、同『『自由からの逃走』と『自由のための闘争』—テロに対するリベラル・デモクラシーの闘い方—」ジュリスト1260号92頁以下(2004年)、大沢秀介「自由 vs 安全」ジュリスト1334号94頁以下(2007年)。
- (5) See Barry Friedman, *The Cycles of Constitutional Theory*, 67 LAW & CONTEMP. PROBS. 149 (2004).
- (6) See BRUCE ACKERMAN, *WE THE PEOPLE 1: FOUNDATIONS* (Harvard Univ. Pr., 1991); *WE THE PEOPLE 2: TRANSFORMATIONS* (Harvard Univ. Pr., 1998). 以下も参照。川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性—ブルース・アッカマンの『二元的デモクラシー論』への覚書—」早稲田政治経済学雑誌320号286頁以下(1994年)、大江一平「B・アッカーマンの二元的民主政理論」関西大学法学論集50巻6号177頁以下(2001年)、同「インフォーマルな憲法改正論の展開とその意義—アッカーマン説およびアマー説をめぐる議論を手がかりとして—」関西大学大学院法学ジャーナル74号1頁以下(2003年)。
- (7) See Jack M. Balkin and Sanford Levinson, *Understanding the Constitutional Revolution*, 87 VA. L. REV. 1045 (2001).
- (8) *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000).
- (9) See David Fontana, *Review of the New Constitutional Order, by Mark Tushnet*, Princeton University Press, 2003. 265 Pages, 93 GEO. L. J. 1061, 1066 (2005).
- (10) See also CASS R. SUNSTEIN, *SECOND BILL OF RIGHTS: FDR'S UNFINISHED REVOLUTION AND WHY WE NEED IT MORE THAN EVER* (Basic Books, 2004).
- (11) See MARK TUSHNET, *A COURT DIVIDED: THE REHNQUIST COURT AND THE FUTURE OF CONSTITUTIONAL LAW WITH A NEW EPILOGUE* (W.W. Norton & Co, 2005). 実際には、合衆国最高裁もまたリベラル派と保守派に分割されており、保守派がさらに伝統的な共和党と現代型の共和党に分裂している点に、レンクィスト

・コートの特徴があったとされる。なお参照、宮下紘「レンキスト・コートの終焉とロバーツ・コートの幕開け」一橋研究31巻3号19頁以下(2007年)。See also Mark Tushnet, *Political Power and Judicial Power: Some Observation on Their Relation*, 75 *FORDHAM L. REV.* 755 (2007). 最高裁は総体としては、政治と足並みを揃えるものであるというのが、トウシュネットの理解である。

- (12) ニューディール・偉大な社会秩序とウォーレン・コートまで含めての理論面での牽引者は、ビッケル(Alexander Bickel)であったが、新しい憲法秩序においては、ビッケルの議論を修正したサンスティンのミニマリズムである。両者は、ビッケルが間口のところで政治的な判断を求め、一度判断すると決めたならば、原理にもとづいて本案を解決すべきだと主張したのに対し、サンスティンは、間口と本案の双方で政治的な判断を要求し、特に後者において原理にもとづく判断を否定する点で、異なる。司法ミニマリズムについては拙稿を参照。「Cass R. Sunsteinの司法ミニマリズムに関する一考察——熟議民主政における裁判所(1)～(4・完)」早稲田大学大学院法研論集第109号25(318)–47(296)頁(2004年)、110号81(404)–105(380)頁(2004年)、111号51(502)–73(480)頁(2004年)、112号29(228)–51(206)頁(2004年)。

もっとも、レンキスト・コートが司法ミニマリズムかどうかについては大いに議論の余地があり、実際、評価の分かれるところである。See e.g. James E. Fleming, *The New Constitutional Order and the Heartening of Conservative Constitutional Aspirations*, 75 *FORDHAM L. REV.* 537, 541 (2006); LARRY D. KRAMER, *THE PEOPLE THEMSELVES: POPULAR CONSTITUTIONALISM AND THE JUDICIAL REVIEW* 224–33 (Oxford Univ. Pr., 2004).

加えて、現体制の状況からすると、仮にミニマリズムの実践であるとしても、かかる手法は結果として共和党保守派に有利に働く面も否定できない。See *ibid.*, Fleming, at 540–41.

- (13) *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).
- (14) MARK TUSHNET, *RED, WHITE AND BLUE: A CRITICAL ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL LAW* (Harvard Univ. Pr., 1988).
- (15) 邦語文献として、さしあたり以下のものを参照のこと。松井茂記「批判的法学研究の意義と課題(1.2完)」法律時報58巻9号12頁以下、10号78頁以下(1986年)。
- (16) 参照、早瀬勝明「憲法理論はいかに裁判官を拘束するのか——イリィ、トウシ

ュネット、ドゥーキンを参考にした『理論の「客観性」』についての一考察」 阪大法学50巻5号147頁以下（2001年）。

- (17) See also SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH (Princeton Univ. Pr., 1988).
- (18) See e.g., Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989); United States v. Eichman, 486 U.S. 310 (1990).
- (19) Michael C. Dorf, *After Bureaucracy*, 71 U. CHI. L. REV. 1245 (2004) (book review).
- (20) See also Jack M. Balkin and Sanford Levinson, *Legal Historicism and Legal Academics: The Roles of Law Professors in the Wake of Bush v. Gore*, 90 GEO. L. J. 173 (2001).

『剝奪』と『秩序』の関係は、トゥシュネットの議論の作法を典型的に表すものだともいえる。バルキン＝レヴィンソンは、トゥシュネットの立場を「憲法歴史主義」を名づけ、その特徴を次のように分析している。

今、「良い法の議論と悪い法の議論を判別するのは慣習であるが、慣習は固定的なものではなく、社会、政治、歴史条件の変化に応じて変化するものである。法規範や歴史の解釈によって継続的に法の議論の良し悪しは再構成される」という立場を「法的歴史主義」(legal historicism)と呼ぶことにすると、憲法に関わる決定を、政治的、社会的、文化的な諸力の産物として検証する法学研究は「憲法歴史主義」であり (at 183)、トゥシュネットはまさにこの見解に立っていることになる。彼は内的視点から法の素材を評価することはず、専ら法の議論の外側から批判的にみるだけであり (at 175)、語り口は、分析的ではあっても規範的ではない (at 177)。

さらに、『剝奪』の議論から、トゥシュネットは、政治に関しても規範的な立場をとらないことがわかる。憲法の諸規範は法理において内在的に展開するのではなく、専ら政治に委ねられており、どのような規範が形成されるべきかについては黙して語らないからである (at 178)。

トゥシュネットは、法が、政治の、つまりはアメリカ人の生活・思考様式における歴史的発展の産物であると理解しているようである。規範レベルで法と政治を分離するのは、確かに、法の不確定性を自覚しているからであろう (at 178-9)。そして分離するがゆえに、法の内在的な論理や、法内部での正当化という議論から距離を置くことになる (at 180)。

もっとも、トゥシュネットは事案に関わらずどんな判断も可能であるという、絶対的不確定性の立場に立っているわけでもない。法の規範は、重要な政治論争のなかで、同じ憲法の言語と法的な議論を道具として用いつつも、多様なイデオロギーの追求を許容するだけの柔軟性がある (at 179)。こうして、憲法歴史主義は二つの前提に立っていることがわかる。一つ目の前提は、判例や法の慣習は、ある特定の時点においては、法の営みに参加する者を間違いなく制約する力を持っており、にもかかわらず、政治や社会における闘争の場として機能するだけの柔軟性もまた持っているということである。そして第二に、判例や法慣習それ自体が、かかる闘争の過程で徐々に変容をこうむる、という前提である (at 181)。

この観点に立つならば、アカマンの議論は法的歴史主義と法的規範理論を融合させた憲法歴史主義であるといえる。憲法体制の変化が、憲法の議論の妥当性基準をも変化させると理解するからである。しかしこのことから、同時にアカマンの理論的難点も浮かび上がる。判決の評価基準が政治における大きな変化と連動するならば、いつそのような変化が起きたかを知りえない以上、少なくとも現在にあって、現在を判定する基準を裁判官はもちえない。のみならず、アカマンの立場では、ブッシュ対ゴア判決のような裁判所の冒険的な試みが、仮に憲法革命の端緒であるとするならば、非難することも困難になる。

トゥシュネットは規範的な議論を避けることで、アカマンの弱点を共有しない。しかし、ブッシュ対ゴア判決はトゥシュネットの歴史主義の問題点を顕在化させることにもなる。この立場では、同判決で合衆国最高裁は憲法を正しく解釈したかどうかという点について答えることができないのである。判決への批判は、専ら政治的な観点からなしうるにすぎない。結局、トゥシュネットには、特定の判決を、法的なリーズニングの点で筋の悪い間違った判決であると批判する方法論が予め排除されてしまっているのである。

(21) See Jack M. Balkin and Sanford Levinson, *The Rehnquist Court and Beyond: Revolution, Counter-Revolution, or Mere Chastening of Constitutional Aspiration? The Processes of Constitutional Change: From Partisan Entrenchment to the National Surveillance State*, 75 *FORDHAM L. REV.* 489 (2006).

(22) See *ibid.* at 489.

(23) See *ibid.* at 489-90.

(24) See *ibid.* at 502-6.

(25) 議席の増減は次のとおりである。上院においては、共和党が49→51、民主党が

- 50→48、無所属 1 は変わらず。下院においては、共和党が221→229、民主党が212→204、そして無所属が 2→1 へと減少した。
- (26) See L. A. Powe, Jr., *The Not-So-Brave New Constitutional Order*, 117 HARV. L. REV. 647, 682-83 (2003) (book review).
- (27) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- (28) See *supra* note 21, at 507-20.
- (29) Pub. L. No. 107-56, 115 Stat. 272 (2001). 同法は時限立法であったが、2006年 3 月に主要部分が恒久化されている。
- (30) *Supra* note 21, at 520-21.
- (31) See *ibid.* at 522.
- (32) See *ibid.* at 523-26.
- (33) See *ibid.* at 526-27.
- (34) See *ibid.* at 532.
- (35) See *ibid.* at 528.
- (36) *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507 (2004).
- (37) *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 (2004).
- (38) *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006).
- (39) *Supra* note 21, at 532.
- (40) *Ibid.* at 533.
- (41) See *ibid.* at 534.
- (42) 上院では共和党が55→49、民主党が43→49、無所属（民主系）1→2、下院では 共和党 230→202、民主党 201→233という結果であった。
- (43) さらに参照、横大道聡「*Hamdan v. Rumsfeld* 連邦最高裁判決が有する憲法上の意義」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集47号217頁以下（2007年）。
- (44) See Mark Tushnet, *Introduction*, in MARK TUSHNET ED., *THE CONSTITUTION IN WARTIME* 1-4 (Duke Univ. Pr., 2005).
- (45) See Mark Tushnet, *Emergency and the Idea of Constitutionalism*, in MARK TUSHNET ED., *THE CONSTITUTION IN WARTIME* 39-40 (Duke Univ. Pr., 2005).
- (46) 「テロとの戦い」を通常の意味での戦争には該当しないとしても、やはり一種の非常事態であると捉え、そのような非常事態には、本来の憲法秩序とは別の秩序が要請されるとし、新たな憲法構造を提唱するものとして、アカマンの議論がある。 See BRUCE ACKERMAN, *BEFORE THE NEXT ATTACK: PRESERVING CIVIL LIBERTIES*

IN AN AGE OF TERRORISM (Yale Univ. Pr., 2006). さらに参照、大河内美紀「違憲審査の保障する憲法」長谷部恭男他編『岩波講座 憲法6 憲法と時間』(岩波書店、2007年)。

(47) *Supra* note 45, at 45.

(48) *Ibid.*

(49) *Ibid.*

(50) *See ibid.* at 50.

(51) *See* David Luban, *The War on Terrorism and the End of Human Rights*, in MARK TUSHNET ED., *THE CONSTITUTION IN WARTIME* 219 (Duke Univ. Pr., 2005).

(52) *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).

(53) *See* Mark Tushnet, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, in MARK TUSHNET ED., *THE CONSTITUTION IN WARTIME* 124-25 (Duke Univ. Pr., 2005).

(54) Eugene Rostow, *The Japanese-American Cases: A Disaster*, 54 *YALE L. J.* 489 (1945).

(55) *See supra* note 53, at 125.

(56) *See ibid.* at 127.

(57) *See ibid.* at 132.

(58) *See ibid.* at 128.

(59) *See ibid.* at 128-29.

(60) *See ibid.* at 129-31.

(61) *See ibid.* at 132-36.

(62) 本稿註(20)を参照。

(63) *See supra* note 19, at 1264. ドルフは『秩序』が批判法学それ自体の死亡宣告だと見なすことができるという。

(64) Michael C. Dorf and Charles F. Sabel, *A Contitution of Democratic Experimentalism*, 98 *COLUM. L. REV.* 267 (1998).

(65) *Ibid.* at 272.

(66) *See ibid.* at 274-75.

(67) *See supra* note 29, at 1252.

(68) *See supra* note 64, at 315.



- (69) *Ibid.* at 288.
- (70) *See ibid.* at 324.
- (71) *See ibid.* at 319.
- (72) *See ibid.* at 473. ドルフ＝セイベルは、民主的実験主義の具体例として、原発建設問題、地域の治安維持、環境規制、児童福祉サービスなどの分野における取り組みを挙げている。
- (73) *See ibid.* at 278-84. より正確には、プラグマティズムを応用した民間企業の問題解決法を公共部門へ応用したものであり、日本の企業経営をモデルにしたものである。民間企業では、通常、次の手順がとられるという。現状の評価基準設定 (benchmarking)→下位部門と全体との情報を共有したうえでの問題解決の手段の共同設定 (simultaneous or concurrent engineering)→結果を相互評価することでの手段の改善 (leaning by monitoring)、これらの反復である。民主的実験主義は、民間から公共部門、統治システムへと、かかる問題解決法を拡張しようとするものである。
- (74) *See ibid.* at 288.
- (75) *Ibid.* at 388.
- (76) *See ibid.* at 445.
- (77) *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).
- (78) *Supra* note 64, at 403.
- (79) *Ibid.* at 457.
- (80) Michael C. Dorf, *Legal Indeterminacy and Institutional Design*, 78 N.Y.U. L. Rev. 875 (2003).
- (81) *See ibid.* at 886-88.
- (82) *See ibid.* at 945.
- (83) *See ibid.* at 959.
- (84) *Ibid.* at 960.
- (85) *Ibid.* at 969.
- (86) *See ibid.* at 972-74.
- (87) *Brown v. Board of Education of Topeka* (I), 347 U.S. 483 (1954); *Brown v. Board of Education of Topeka* (II), 349 U.S. 294 (1955).
- (88) *See supra* note 80, at 974-75.
- (89) *See ibid.* at 978.

(90) *See supra* note 19, at 1269.

(91) *See supra* note 12, Fleming, at 543.「我々には実際に起きてみてやっとはじめて、新たな憲法秩序に突入したのかどうかを知ることができる」可能性があるだけである。